Tesserae iuris, 1 (2020)
issn ****-****

Philipp Lotmar e la dottrina dell'errore*

Riccardo Cardilli
Università di Roma 'Tor Vergata'

1. 'Error', 'Irrtum' e Pandettistica

Il problema dell'errore nel diritto privato romano è tema altamente complesso e ancora oggi oggetto di un vivace dibattito[1]. Esso rappresenta un occhiale privilegiato per sondare alcuni meccanismi interpretativi e metodologici che hanno caratterizzato gli studi giuridici in Europa nel XIX secolo, nella fase della costruzione in Germania di un nuovo sistema del diritto privato. Si tratta, infatti, di un tema che permette di vagliare lo sforzo dogmatico compiuto da Savigny e dalla Pandettistica nel definire il significato, i limiti e la rilevanza dell'errore nell'agire negoziale, con esiti che hanno segnato indelebilmente il corso della scienza giuridica successiva.

Quale fondamentale risultato di questo sforzo si può indicare l'elaborazione, all'interno di un'unilaterale prospettiva dell'errore come incidente sulla volontà negoziale, di una sua duplice rilevanza, attraverso l'iniziale distinzione in Savigny tra 'echte Irrtümer' e 'unechte Irrtümer', distinzione che viene rimodellata da Aloys Brinz in termini di 'error der Vorstellung' ed 'error der Bewusstlösigkeit', fino alla sua definitiva fissazione terminologico-concettuale in Windscheid con le qualifiche di 'errore vizio' o 'errore motivo' (Motivirrtum) e di 'errore nella dichiarazione' (Erklärungsirrtum), entrambi qualificati come erronee rappresentazioni della realtà incidenti sulla volontà del soggetto, tuttavia in modo differente, in quanto il primo tipo di errore inciderebbe sul processo interiore di rappresentazione della

* Lettura della pubblicazione postuma del libro di Philipp Lotmar, *Das römische Recht vom Error*, a cura e con introduzione di Iole Fargnoli, in *Studien zur Europäischen Rechtsgeschichte*, 316. B.1-2, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 2019 (p. XXXII-644; p. 645-1123).

1. Pur soltanto come primo richiamo, vale la pena ricordare i contributi monografici più importanti in materia nella recente romanistica: Voci, *L'errore*; Voci, *Errore (diritto romano)*, 230 ss.; Flume, *Irrtum und Rechtsgeschäft*, 209 ss.; Zilletti, *La dottrina dell'errore*; Wolf, *Error*; Mayer Maly, *Bemerkungen*; Wieacker, *Irrtum*, 383 ss.; Diesselhorst, *Zum Irrtum bei Vertragsschluß*, 180 ss.; Winkel, *Error iuris nocet*; Zimmermann, *The Law of Obligations*, 583-620; Schermaier, *Materia*, 115 ss.; Schermaier, *Auslegung*, 234 ss.; Schermaier, *Die Bestimmung des wesentlichen Irrtums*; Schermaier, *L'errore*, 185 ss.; Apathy, *Sachgerechtigkeit*, 95 ss.; Harke, *Si error aliquis intervenit*; Ernst, *Irrtum*, 1 ss.

realtà, determinandone una percezione falsata al momento della dichiarazione, mentre il secondo sarebbe una erronea manifestazione di una volontà vera[2].

Con la pubblicazione postuma dell'opera di Philipp Lotmar sull'errore in diritto romano, è possibile arricchire il quadro delle nostre conoscenze di questi delicati e suggestivi decenni, nei quali la poderosa costruzione di un concetto moderno di errore stava maturando e si assestava.

Gli interessi e gli studi del giurista tedesco (1850-1922; prof. a Berna dal 1888) in materia di errore si sviluppano dal 1883 fino al 1922, anno della sua morte[3], attraverso la realizzazione di 23 quaderni, per complessive 1893 pagine scritte a mano (la cui numerazione è stata opportunamente segnalata *a latere* nella pagina dell'edizione pubblicata), organizzate ora in due tomi, per 1015 pagine a stampa. Ciò dà il senso dello sforzo e dell'im-

2. Savigny, *System*, III, 98 ss. (§§ 114-115); 263 ss. (§§ 135-139); 325 ss. («*Irrtum und Unwissenheit*» - Beilage VIII); la sua più chiara espressione si può leggere a pp. 440-441: «Von einer Einwirkung des Irrtums nämlich kann nur da die Rede sein, wo die gewöhnlichen, regelmäßigen Folgen solcher juristischen Tatsachen, die auf dem freien Willen beruhen, durch das Dasein eines Irrtums aufgehoben oder verändert werden, indem der Wille, mit Rücksicht auf diesen Irrtum, als ein unvollkommener Wille betrachtet wird. Ist aber der Fall, worin ein Irrtum vorkam, auch schon an sich selbst so gestaltet, dass es an den notwendigen Bedingungen einer juristischen Tatsache fehlt, so ist es nicht der Irrtum, der die Folgen derselben hindert, weshalb es unrichtig ist, in dieſen Fällen von einer Einwirkung des Irrtums zu reden, und dieselben überhaupt mit den bisher abgehandelten Fällen zusammen zu stellen. Man kann diese Fälle als unechten Irrtum bezeichnen». Brinz, *Lehrbuch der Pandekten*, 27 ss. (§§ 524-529), seconda edizione curata postuma proprio da Ph. Lotmar (vd. Fargnoli, *Einführung*, IX), dove si ha, altresì, l'importante sottolineatura della diversità di significato tra la parola latina *error* e quella tedesca *Irrtum*. Windscheid, *Lehrbuch*, I, 1879[5], 203 ss. (§§ 76-79). Per la critica alla distinzione di Savigny in una prospettiva ultra-volontaristica, si vd. Zitelmann, *Irrtum und Rechtsgeschäft*, 8. Per un esame della questione posta dalla distinzione di Savigny e dalla nuova proposta di Zitelmann, si vd. Schermaier, *Die Bestimmung des wesentlichen Irrtums*, 467 ss. (Pandettistica); 483 ss. (Savigny); 487-490 (sulla distinzione); 521 ss. (Zitelmann). Per la problematicità di un utilizzo della distinzione di Savigny nella lettura delle fonti romane, vd. già Voci, *L'errore*, 1-24. Per la distinzione pandettistica tra erroremotivo ed errore nella dichiarazione (cd. ostativo) nel diritto italiano dopo il Codice civile del 1942, si vd. per tutti Pietrobon, *L'errore* ed ora, con sviluppi, Pietrobon, *Errore, volontà e affidamento*. Sul diritto contemporaneo in una prospettiva comparatistica ampia, sono particolarmente utili Kramer, *Der Irrtum* e Jansen - Zimmermann, *Vertragsschluss und Irrtum*, 229 ss.

3. Fargnoli, *Einführung*, VII-XIII. Cfr. anche Fargnoli, *L'"errore in diritto romano"*, 308 ss.

pareggiabile lavoro svolto dalla curatrice dell'edizione oggetto di queste pagine, l'amica Iole Fargnoli, che oltre a risolvere gli ardui ed insidiosi problemi di decifrazione della grafia, ha opportunamente arricchito l'opera con un utilissimo indice delle fonti e della bibliografia richiamata dall'A. (II, 1017: Indice delle fonti; 1087: Elenco bibliografico).

Il contesto storico nel quale Lotmar si trova a lavorare, come detto, aveva proposto una teoria dell'errore nell'àmbito del 'negozio giuridico', pilastro, quest'ultimo, insieme al 'Rechtssubjekt', al 'Rechtsobjekt' e al 'Rechtsverhältnis', del sistema pandettistico di diritto privato[4]. In particolare, la costruzione pandettistica si era orientata, come sopra accennato, a guardare all'errore come istituto giuridico unitario nell'ambito del negozio giuridico ed incidente sulla sua validità, declinando tale unitaria prospettiva, attraverso l'interpretazione del materiale proveniente dal diritto romano giustinianeo, nella *distinctio* tra errore-motivo ed errore nella dichiarazione, e segnando da Savigny in poi la gabbia concettuale da cui si guardava al problema come questione di volontà, sacrificando peraltro altre possibili strade, pur presenti nelle fonti romane, più attente ai profili di tutela dell'affidamento[5].

La prospettiva pandettistica, quindi, coerentemente al suo metodo, tendeva, in chiave di astrazione, a realizzare una *reductio ad unitatem* della complessità del problema come tramandato dalle fonti romane, connotate invece quest'ultime da una forte impronta topica e tipologica e caratterizzate in chiave diversificata e non monolitica da una rilevanza dell'erronea

4. Per il mio pensiero vd. Cardilli, *Das römische Recht*, 83 ss.

5. Il che non significa, come ha esattamente sottolineato Brutti, *Vittorio Scialoja*, 69-72, che la tutela dell'affidamento fosse esclusa dal panorama di riflessioni dello stesso Savigny (*System*, III, 354-355), ed anzi il fatto che quest'ultimo evidenziasse l'importanza della salvaguardia dell'affidamento ingenerato nel traffico commerciale dalla dichiarazione di volontà proprio nell'ambito dei contratti o comunque dei negozi bilaterali, dimostra come l'orientamento volontaristico della Pandettistica, coerentemente al suo metodo costruttivo, senta comunque come vincolante la gabbia contenutistica delle fonti romane, cercando di conciliare con la «libertà» e la «volontà» anche l'eccezionalità della tutela dell'errore nei rapporti del traffico commerciale (vd. ad es. quanto lo stesso Savigny precisa al riguardo a p. 356: «Dieser wichtige Satz soll nunmehr gegen jede Einwendung gesichert werden. Er folgt ernstlich aus der Natur des freien Willens selbst, dessen Dasein und Wirkung von den wahren oder irrigen Beweggründen ganz unabhängig ist: und zwar sowohl nach der allgemeinen Betrachtung der Freiheit (*System* § 115), als nach den Bestimmungen des Römischen Rechts, wenngleich einige derselben das Gegenteil zu sagen scheinen»).

dichiarazione di volontà e della sua diversa incidenza sull'efficacia dell'atto compiuto a seconda che l'errore incida sulla conclusione di un negozio unilaterale o di un contratto, di un negozio formale o di uno causale, di un negozio *inter vivos* o *mortis causa*[6].

La percezione della rilevanza giuridica dell'errore come problema di tutela della volontà aveva, infatti, trovato momenti importanti di riflessione nella scienza giuridica romana, ma non vi è dubbio che la tradizione giuridica medievale e moderna segnano una sua inesorabile accelerazione all'interno della sempre maggiore centralità della volontà del soggetto come angolo di visuale privilegiato del giuridico. Questo complesso ed affascinante percorso, che muove dalla scienza dei glossatori, per poi, lentamente e con differenziazioni significative, maturare nel pensiero tomistico, nei commentatori, negli umanisti, si realizza definitivamente con la riflessione giusnaturalistica, divenendo un nucleo solido della tradizione romanistica ed incidendo così, definitivamente, nel pensiero giuridico dell'ottocento[7].

Va, però, riconosciuto alla costruzione del Savigny, realizzata nel suo 'System' nel terzo volume del 1840[8] e considerata come 'epocale' da Wind-

6. Ciò non vuole minimamente significare che il diritto romano e la riflessione giurisprudenziale non si siano misurate con le questioni che rientrano nel problema dell'errore, ma che non sembra che tale riflessione abbia prodotto, sia nell'età tardo-repubblicana che nei primi secoli dell'impero, alcuna riorganizzazione unitaria, separata e trasversale, per così dire, dai contesti specifici nei quali si ponevano questioni di limite e di rilevanza di un errore sull'efficacia dell'atto compiuto. La prospettiva topica del lavoro dei giuristi romani e la gabbia della tipicità (in altri casi superate nella costruzione di alcune delle categorie ordinanti di grande significato nella tradizione giuridica successiva come *persona, dominium, obligatio, contractus* e *successio*) sembrano essere stati forti elementi di condizionamento che tendono a porre il problema giuridico della falsa rappresentazione della realtà nell'agire negoziale come non caratterizzato da una teoria unitaria, ma dalla concretezza delle soluzioni date. Va, peraltro, evidenziato come le fonti romane attestino dal III sec. d.C. una prima attenzione – quanto meno del giurista Paolo, autore di un *liber singularis* sul tema (D.22.6.9) e poi dei codificatori giustinianei – al profilo dell'*ignorantia* (*iuris* e *facti*) con la costruzione del titolo ora in D.22.6 e C. 1.18 (*De iuris et facti ignorantia*); sul punto, si vd. Schermaier, *L'errore*, 185 ss., in particolare 194.

7. Per un esame approfondito delle diverse costruzioni si vd. Schermaier, *Die Bestimmung des wesentlichen Irrtums*, 41 ss.

8. Savigny, *System*, III, 98 ss. (§114-115); 325 ss. («*Irrtum und Unwissenheit*» - Beilage VIII zu § 115) che dichiara espressamente a p. 332 di voler ricercare in materia «ein allgemeineres Princip». Vale la pena riportare quanto Savigny afferma come punto nodale della rilevanza dell'errore: « Das Daseyn des Willens scheint durch Zwang und Irrthum ausgeschlossen zu werden nach folgender Betrachtung. Zwang ist der Gegensatz der

scheid nelle sue Pandette[9], il merito di aver tracciato la strada che il tema dell'errore percorrerà all'interno del dibattito della scienza giuridica della seconda metà del XIX secolo, quale tema centrale per la volontà del soggetto nella produzione di effetti giuridici. Questo modello concettuale e sistematico di rilettura del tema dell'errore verrà accolto anche nella scienza giuridica del Novecento, grazie alla sua versione corretta nell'opera monografica di Ernst Zitelmann, significativamente intitolata *Irrtum und Rechtsgeschäft* (1879), dove addirittura si realizza un approfondimento del problema dell'errore nel processo di formazione della volontà in una dimensione psicologica[10].

Si potrebbe dire, con una certa approssimazione, quindi, che l'errore rappresenti storicamente un problema giuridico fondamentale più per il pensiero giuridico contemporaneo che per il diritto romano.

In particolare, la costruzione savigniana permetteva di superare l'idea che l'errore fosse considerato la causa immediata di inesistenza del negozio, sostituendovi quella secondo cui l'errore potesse escludere l'esistenza stessa della volontà negoziale oppure, in alternativa, causando un voluto falsamente dichiarato, potesse considerarsi opponibile all'efficacia vincolante della erronea dichiarazione di volontà[11].

D'altronde, la forza sistematica di rilettura dell'errore nell'àmbito dell'ʻallgemeiner Teil' relativo al negozio giuridico è il presupposto per un suo collegamento esclusivo – quasi inesorabile nella prospettiva evidenziata

Freyheit. Wenn also Zwang als Beweggrund auf den Willen eingewirkt hat, so ist kein freyer, also kein wirklicher Wille vorhanden, sondern nur der Schein des Willens. Wenn ferner ein Irrthum als Beweggrund auf den Willen einwirkt, so ist der Wollende ohne wahres (mit der Wirklichkeit übereinstimmendes) Bewußtseyn, folglich eben so wenig einer wirksamen Willenserklärung fähig, als der Unmündige oder Vernunftlose. Die genauere Ergründung beider Fälle wird die in diesen Behauptungen enthaltene Täuschung darlegen. Jedoch muß schon jetzt auf das wahre Element hingewiesen werden, welches bey dieser Täuschung im Hintergrund steht. Es findet sich nämlich hier die wichtige Einwirkung sittlicher, dem Rechtszustand wesentlich verwandter Momente. […] Eben so hebt der Irrthum an sich das Bewußtseyn, und mit diesem den Willen, nicht auf; aber es kann dabey eine ähnliche, das Rechtsgebiet störende, Unsittlichkeit vorkommen, und dann ist die gleiche Nothwendigkeit positiver Gegenwirkung vorhanden» (pp. 99-100).

9. *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 1, 203 n.*.

10. Vd. sul tema Haferkamp, *Psychologismus*, 215 ss.

11. Windscheid, *Lehrbuch,* I, 1887[4], § 76, 198 ss., che accentua come la distinzione di Savigny tra 'echte Irrtümer' e 'unechte Irrtümer' abbia definitivamente premesso di impostare la questione in modo corretto.

– con un'altra importante categoria, quella della 'invalidità' del negozio giuridico, declinata nelle due categorie di nullità ed annullabilità, che la Pandettistica stava enucleando[12], venendosi così ad escludere altre possibili strade, pur emerse nella tradizione romanistica e connesse a strumenti risarcitori del danno ingenerato alla controparte per il venir meno della efficacia dell'atto compiuto per l'erronea dichiarazione[13].

L'altro aspetto problematico dell'errore, cioè la tutela dell'affidamento ingenerato nel destinatario della dichiarazione (elemento poi fortemente sviluppato nella dottrina del XX secolo) rimane comunque sullo sfondo, concentrandosi l'attenzione giuridica sui processi di volontà che hanno mosso l'agente a compiere l'atto. In questo contesto storico, si inserisce l'ampio studio di Philippe Lotmar, ora pubblicato in una edizione a stampa.

2. Il 'libro di una vita'[14] di Philipp Lotmar

L'opera di L. ora pubblicata è rappresentativa di una personalità scientifica che potremmo qualificare come intermedia tra due importanti fasi storiche del pensiero giuridico contemporaneo, da un lato evidenziandosi nelle sue pagine in modo molto evidente il L. pandettista, la solida formazione pandettistica acquisita da allievo di Aloys Brinz e d'altro lato, però, anche l'apertura del socialista L. verso le nuove istanze che premevano su una modernizzazione del diritto privato del '900[15]. Si può evidenziare nella personalità scientifica di L. molto bene questo dualismo, ma nell'opera ora ripubblicata si ha la privilegiata possibilità di cogliere questo movimento nella sua più precisa maturazione storica.

Il primario interesse dell'A., rispetto ad uno stato della dottrina che al riguardo egli considera insoddisfacente, è quello di comprendere l'operatività ed il significato che si può riconoscere all'*error* nel diritto romano al

12. Brutti, «*Invalidità (storia)*»; Talamanca, *Inesistenza*.

13. Si pensi alla regola *ius vigilantibus scriptum* e la sua valorizzazione in Chr. Thomasius e nel suo allievo Gundling (vd. Schermaier, *Die Bestimmung des wesentlichen Irrtums*, 241 ss. e 259 ss.) o alla attenuazione della rilevanza dell'errore incidente sulla volontà manifestata con la risarcibilità dei danni patiti dal ricevente la dichiarazione in Grotius (M. Schermaier, *Die Bestimmung des wesentlichen Irrtums*, 178).

14. Fargnoli, *Einleitung*, VII. Si veda anche Fargnoli, *Tra error e locatio conductio*, 1191 ss.

15. D'altronde non è un caso che la fortuna scientifica di Lotmar si colleghi all'essere stato l'iniziatore di una scienza del diritto del lavoro; importante al riguardo, Rückert, *Philip Lotmar (1850-1922)*.

motto, per così dire, di "zurück zu den Quellen", senza però rigettare *in toto* gli svolgimenti interpretativi maturati da Savigny in poi sulle fonti.

Già la struttura sistematica dell'opera, divisa in libri, capitoli, sezioni e paragrafi, riflette questo obiettivo. Nel primo libro si esaminano tutte le fonti nelle quali ricorre quello che può più ampiamente considerarsi l'alveo del problema dell'errore. Egli, memore dell'insegnamento del suo Maestro Aloys Brinz che aveva evidenziato il rischio di sovrapporre il tedesco 'Irrtum' alla parola latina *error*[16], suddivide il materiale tra fonti di ricorrenza espressa del termine *error* e del verbo *errare* (variamente coniugato) e fonti di ricorrenza indiretta, in base ad una diversa terminologia esprimente però l'idea dell'errore.

Nel secondo libro, su base induttiva e tirando le fila dell'ampio lavoro esegetico compiuto, il L. elabora una suddivisione dei vari tipi di errore individuati e della loro incidenza sul negozio compiuto.

L'opera non si sottrae dall'organizzare l'ampio materiale utilizzato attraverso una enucleazione del significato e della funzione che il termine *error* assume nelle fonti. Vi sono, d'altronde, alcune categorie che Lotmar utilizza nell'organizzazione dell'imponente materiale, di cui la più significativa è data dalla distinzione tra l'errore incidente nella formazione interna al soggetto della sua volontà («errore-interno») e l'errore che incide solo sulla sua manifestazione esterna («errore-esterno»). Il primo da intendersi quale errore in cui incorre l'agente nella fase della formazione interna della volontà, mentre il secondo quale errore attinente alla manifestazione esterna della volontà.

Nel primo capitolo le fonti sono quindi divise a seconda che attestino la ricorrenza del termine '*error* in funzione sostantivale e attinente alla manifestazione esterna della volontà', '*error* in funzione sostantivale e attinente al processo volitivo interno dell'agente', '*error* in funzione sostantivale e con rilevanza sia esterna che interna', '*error* in funzione avverbiale e modale'. Per il verbo *errare* si realizza una suddivisione delle ricorrenze nelle fonti in base alla stessa griglia.

Nel secondo capitolo si esaminano le fonti nelle quali l'idea di errore viene espressa con altri termini o verbi, dividendo il materiale a seconda che le fonti si orientino ad una sua rilevanza interna od esterna e suddividendo il materiale ulteriormente a seconda delle forme grammaticali assunte (ag-

16. Lotmar, *Das römische Recht vom Error*, 8-9 (senza però il richiamo del Maestro).

gettivi, avverbi, sostantivi e verbi) oppure in base alla oggettiva rappresentazione dell'erronea dichiarazione nella fattispecie tramandata nel passo. Solo per dare un'idea dell'opera ora pubblicata, il L. passa in rassegna ed esamina più di cinquecento fonti giuridiche e non. Da qui la grande utilità, per la futura fruizione dell'opera, dell'indice delle fonti realizzato dalla curatrice dell'edizione a stampa alla fine del secondo Tomo.

Nel terzo capitolo si passa alla definizione tipica delle diverse fattispecie nelle quali assume rilevanza giuridica l'errore.

Nel secondo libro, in fine, in base a quanto è emerso nell'esame esegetico dell'intero materiale, il L. propone una ricostruzione del significato più attendibile dell'errore in diritto romano.

3. Struttura dell'opera

Il lavoro è imponente ed ora che è stato reso fruibile ai lettori grazie all'edizione critica fattane da Iole Fargnoli diverrà un sicuro punto di riferimento per tutti gli studi futuri che vogliano occuparsi del tema.

Io vorrei soffermarmi su alcuni spunti che la lettura dell'opera ha in me suscitato. Il primo è relativo a ciò che potremmo chiamare la sensibilità filologica ed esegetica di L. nella lettura delle fonti romane.

Le fonti dei *Digesta Iustiniani*, secondo l'edizione Mommsen-Krüger, sono esaminate riportandone il testo per esteso nel corpo della trattazione, con la completa dizione del giurista e dell'opera dalla quale è tratto il frammento esaminato. Le fonti del *Codex Iustinianus* sono sempre citate col nome dell'imperatore e la data di pubblicazione della costituzione. Le fonti non sono organizzate, nelle singole sezioni, in ordine cronologico, ma in base al tipo di problema, tenendo in conto della griglia terminologica e concettuale sopra richiamata.

Si ha, così, ad esempio, la trattazione delle fonti in tema di errore-esterno, di errore interno, di errore esterno e interno insieme[17].

17. Lotmar indica, ad es. come prima fonte a suo vedere paradigmatica del significato di errore-esterno, Gaius *L.2 De legatis ad ed.prov*. D.35.1.17.1, dove si valuta l'errore del testatore che in un legato avente ad oggetto uno schiavo, lo indica con esattezza, ma ne sbaglia la qualifica lavorativa (*Stichus cocus* o *sutor,* mentre in realtà Stico non esercitava tali lavori). La soluzione data da Gaio, nel senso della irrilevanza dell'errore e per la piena validità del legato, è così spiegata: «La cosa che qui è indicata come *error* non è nulla di intrinseco nell'uomo, nessuna opinione o rappresentazione, ma qualcosa di esterno, una manifestazione verbale» (I, 17).

Le testimonianze vengono, quindi, esaminate inserendole nella griglia sistematica per tipo di errore e in base alle forme grammaticali di espressione, arricchendole mano a mano di riflessioni e costruzioni utili sul piano della futura definizione concettuale. Così ad esempio, è ben evidenziata la diversità di incidenza dell'errore a seconda della natura unilaterale della volontà produttiva di effetti giuridici o bilaterale dell'atto compiuto.

Rispetto all'amplissimo materiale esaminato, ritengo molto significativo che non ci si limiti alle fonti di ricorrenza diretta del termine *error* o del verbo *errare*, né a quelle relativa all'*ignorantia*, ma venga operata un'ampia indagine delle forme espressive indirette dell'idea di errore, cercando per altro di capire se la diversa scelta terminologica in questi casi sia condizionata da sfumature di significato rilevanti[18].

Un secondo punto che voglio segnalare è l'attenzione al dato testuale che emerge nelle interpretazioni di L., con una sensibilità anche alle questioni relative alla genuinità dei testi.

Soltanto per fare un esempio, in rapporto al famosissimo D.44.7.57 Pomp. *36 ad Q. Mucium*[19], il L. accoglie l'emendamento di Theodor Mommsen del *valet* in *valeat* e poi precisa che: «Il passaggio, scomodo ed eliminabile, '*ea societas quae in consensu consistit*', non è probabilmente genuino, perché Mucius e Pomponius non erano arrivati alla natura consensuale del contratto <di società>: il dissenso è di ostacolo *omnibus negotiis contrahendis*, quindi anche ai contratti verbali e reali. Quel passaggio deriva certamente da una glossa a margine» (I, p. 31 n. 61).

Nell'interpretazione dei problemi sostanziali, l'A. coglie una significativa particolarità della testimonianza, che non sarebbe quella di valorizzare l'errore in chiave di consapevolezza delle parti del dissenso (escludente quindi la conclusione consensuale del contratto), ma più specificamente di un dissenso inconsapevole. Ciò si dedurrebbe, per L., necessariamente, dalla constatazione che «nella prima frase sembra ricorrere il dissenso

18. Vd. ad es. rispetto all'avverbio *perperam* I, 326 ss. o a *non recte* I, 342 ss.; o a *vitiose* e *falso* I, 355 ss.

19. *In omnibus negotiis contrahendis, sive bona fide sint sive non sint, si error aliquis intervenit, ut aliud sentiat puta qui emit aut qui conducit, aliud qui cum his contrahit, nihil valet quod acti sit. Et idem in societate quoque coeunda respondendum est, ut, si dissentiant aliud alio existimante, nihil valet ea societas, quae in consensu consistit.* Sul passo e sul rapporto in esso tra Quinto Mucio e Pomponio vd. ora Stolfi, in Ferrary - Schiavone - Stolfi, *Quintus Mucius Scaevola*, 154-155 (testo e traduzione); 333-334 (commento).

come caso di errore, per cui l'inconsapevolezza è essenziale, e nella seconda frase il dissenso è chiarito attraverso l'*aliud alio existimante*, nel quale l'*aliud existimare* dell'*alius* deve riposare sulla sua inconsapevolezza della diversa realtà, perché altrimenti esso non potrebbe collegarsi al consenso» (I, p. 32)[20]. E ancora, che «'l'altro soggetto pensa o intende altro' (*aliud alio existimante*) non è la causa, ma il fatto stesso del dissenso, la sua essenza» (I, p. 32).

Qui emerge l'insoddisfazione del L. rispetto agli strumenti concettuali esclusivi della lettura Pandettistica, che, nella prospettiva di rilevanza dell'errore come vizio nel processo volitivo dell'agente, tendevano a precludersi la possibilità di cogliere la natura consustanziale dell'errore nella nozione di dissenso tramandata nel passo, senza che al riguardo sia possibile scorporare al suo interno il momento di rilevanza dell'errore nel percorso che aveva portato ciascuna parte ad esprimere il consenso su qualcosa che oggettivamente era inteso da ciascuno in modo diverso.

La forza dell'interpretazione del L. dimostra la sua sensibilità dogmatica, sposata ad una attenzione al dato testuale esaminato[21].

4. Il concetto di errore

Al termine dell'ampia rilettura delle fonti realizzata, L. non si sottrae (coerentemente al metodo ricostruttivo) dal tentare di fornire una lettura di sintesi dei risultati raggiunti. Ciò implica, a detta dell'A., «l'astrazione del concetto di errore dai casi di errore raccolti» (II, p. 952).

Il nucleo essenziale del significato da accordare alla concezione romana di errore sarebbe quello di una

20. Lotmar, *Das römische Recht vom Error*, 32: «Diese Stelle handelt in ihren beiden Setzen vom Dissens unter Kontrahenten (aliud sentiat qui emit aut qui conducit [...] aliud qui cum his contrahit und si dissentiant). Der Dissens kann den Parteien bewusst sein oder unbewusst sein. Sich mit dem bewussten Dissens zu befassen, lag für die Verfasser kein Grund vor, da dessen Behinderung der negotia contrahenda selbstverständlich ist. Die Stelle handelt vielmehr vom unbewussten Dissens. Dies geht daraus hervor, dass im ersten Satz der Dissens als Fall von Error vorkommt, für welchen das Unbewusstsein wesentlich ist, und im zweiten Satz der Dissens durch aliud alio existimante erklärt wird, wobei das aliud existimare des alius auf dessen Unkenntnis des Andersseins beruhen muss, ansonst er nicht auf Konsens rechnen kann».

21. Sulla modernità della visione di Lotmar, rispetto agli sviluppi più recenti della teoria dell'errore nel diritto privato moderno, vd. Fargnoli, *Das verpasste Vermächtnis von Philip Lotmar*, 18 ss.

«deviazione inconsapevole dal corretto/vero (*Richtig*). Il sezionamento di questo concetto genera, come suoi, due elementi principali, la deviazione dal corretto/vero e l'inconsapevolezza della deviazione stessa» (II, p, 953).

L. precisa che tale dualità di struttura sia qualificata quale espressione di un elemento oggettivo e di un elemento soggettivo dell'errore, dualismo non esclusivo dell'errore, ma riscontrabile in altri istituti del diritto romano, come ad es. nell'illecito, nel possesso e nella *negotiorum gestio* (II, p. 953).

In sostanza:

«La deviazione dal corretto/vero – quale elemento del concetto di errore – non può verificarsi senza una causa deviante. Quest'ultima è indicata in generale come condotta ingiusta, poiché il pensare, il fare e il non fare sono unitariamente la condotta deviata e poiché essa è deviata dal corretto/vero. Il suo autore o destinatario, cioè l'essenza da cui promana quella condotta è il suo soggetto agente. Ed anche la stessa essenza è pure il soggetto dell'inconsapevolezza della deviazione, cioè il non sapere della deviazione della condotta dal corretto/vero» (II, p. 954).

E ancora:

«Se si riconosce come appropriato indicare l'inconsapevolezza di questo quale elemento soggettivo dell'errore, allora ne consegue che anche l'altro elemento ha diritto alla denominazione opposta. Poiché questo elemento non rappresenta una manifestazione del soggetto della condotta errata, ma della condotta stessa in sé, nella quale esso indica la deviazione o l'erroneità della stessa. E questa si manifesta, comparata con la inconsapevolezza, come oggetto. Poiché la condotta deviata non è semplicemente essa stessa tale (in particolare un oggetto), oggetto è anche ciò da cui si devia. È, quindi, pienamente giustificato, che la parte della fattispecie dell'errore che non è tale in ragione del suo rapporto col soggetto, ma con qualcosa che sta al di fuori del soggetto, venga designata come fattispecie oggettiva. Per l'adeguatezza di questa indicazione è indifferente che la condotta deviata appartenga al mondo esterno o a quello interno (del soggetto)» (II, p. 954).

La logica del complesso discorso è stringente ed è costruita con premesse, proposizioni causali e conclusioni. Ogni passaggio viene evidenziato e pone le premesse per gli svolgimenti conseguenti.

Il L. viene, quindi, ad affrontare la questione del rapporto tra rappresentazione deviata della realtà e condotta deviata, entrambe – nella ricostruzione dell'A. – da considerare come espressione dell'elemento oggettivo dell'errore:

«La rappresentazione deviata dal corretto/vero non ha una minore pretesa di valere come fattispecie oggettiva dell'errore, rispetto alla condotta deviata dal corretto/vero. Anzi, ogni condotta deviata da quella corretta, connessa sia ad un errore esterno

che interno, ad es. la *falsa demonstratio* o la *falsa existimatio*, costituisce una tale fattispecie oggettiva. Se si attribuisce, in base a tale rapporto, alla condotta deviata dal corretto/vero la qualifica di fattispecie oggettiva, allora ciò vale anche per la falsa rappresentazione e non è lecito in questo caso escluderla in ragione del fatto che questa rappresentazione sia interna all'agente o al destinatario. Quindi non può escludersi la circostanza che la fattispecie soggettiva (l'inconsapevolezza della falsità) sia qualcosa di indipendente dalla condotta esterna, così che una tale condotta possa accompagnarsi alla consapevolezza della deviazione, nel qual caso è sicuramente da escludere la rilevanza dell'errore. Al contrario nella condotta interna, cioè a dire nella falsa rappresentazione della realtà, non potrà mai parlarsi di consapevolezza della falsità, perché la falsa rappresentazione è accompagnata necessariamente dalla inconsapevolezza della sua falsità. Che, quindi, nella fattispecie dell'errore interno l'elemento soggettivo non sia una parte separabile, ma si mischi con l'altro elemento, non significa che esso si spogli della sua caratterizzazione oggettiva, dato che, come visto, riposa su ragioni che sono totalmente indipendenti dal loro rapporto con la consapevolezza dell'agente.

Per la duplicità del concetto di errore, cioè per la composizione di esso da un elemento oggettivo e soggettivo, è indifferente se la condotta sia deviata nel processo di formazione interna della volontà o nella sua manifestazione esterna, così che questa duplicità vale naturalmente anche per i pochi ricorrenti casi di errore nei quali la condotta deviata è, allo stesso tempo, sia verso l'esterno che nel processo di formazione interno, contemporaneamente un falso fare ed un falso credere. Questa condotta costituisce l'elemento oggettivo della fattispecie, l'inconsapevolezza della sua falsità l'elemento soggettivo in un tale errore esterno-interno» (II, p. 955-956).

La critica è sorprendente se la collochiamo nel suo contesto storico, tenendo conto della netta separazione concettuale, invece, maturata nel pensiero della Pandettistica. Non è più l'ambito di emersione della deviazione tra realtà e rappresentazione della stessa – nella fase formativa o in quella dichiarativa – il criterio distintivo per cogliere l'incidenza dell'errore sull'atto compiuto, ma da un lato la sua esistenza oggettiva e dall'altro l'inconsapevolezza di questa deviazione. Elemento oggettivo ed elemento soggettivo dell'errore sono così riconsiderati in una chiave più sensibile alle ragioni della tutela dell'affidamento, in quanto attraverso l'esclusione di una consapevolezza della deviazione nel processo interno di maturazione, si valorizza l'oggettiva inconsapevolezza della deviazione dalla realtà come consustanziale alla condotta deviata, evitando complessi meccanismi di indagine dei profili psicologici interni dell'autore della dichiarazione. Ciò determina come conseguenza che la valutazione della rilevanza dell'errore, più che essere condizionata da complessi meccanismi di ponderazione del processo volitivo che spinge la parte a concludere il negozio (come in Zi-

telmann), deve evincersi dall'oggettivo compimento di una condotta senza consapevolezza della sua non aderenza alla realtà e non dalla inconsapevolezza della condotta deviata. Non basterà, quindi, al dichiarante sostenere che la sua rappresentazione della realtà sia falsata nel processo interiore di maturazione, o sia falsata nella sua dichiarazione rispetto alla volontà perfezionata, ma dovrà dimostrare che la condotta compiuta sia oggettivamente rappresentativa della sua inconsapevolezza della deviazione. Si limitano significativamente i profili di incertezza del traffico giuridico legati all'accertamento delle false rappresentazioni interne dell'agente, evidenziando profili di riconoscibilità dell'errore da parte del destinatario della dichiarazione. Le conseguenze di ciò sul piano del rafforzamento della tutela dell'affidamento dello stesso sono significative.

La riflessione di L. precisa, altresì, come la valutazione della deviazione dal vero, nella concezione romana di errore, debba essere temporalmente ancorata al presente ed al passato, giammai al futuro (II, p. 974).

Sul punto L. torna con un approfondimento in un appunto che leggiamo nelle aggiunte finali:

> «La condotta è giudicata per la sua aderenza al corretto/vero in base al suo tempo, non in base al futuro. La condotta deve essere valutata come deviata rispetto alla *veritas* passata o presente al momento del suo verificarsi per poter perfezionare un errore. Le circostanze sopravvenute alla condotta, dalle quali quella condotta devia, contro le quali quella è volta, non costituiscono una erronea condotta tutelabile in termini di errore; in altre parole, una condotta non può *ex post* diventare erronea in base al fatto che si sia verificata una circostanza che in precedenza apparteneva al futuro. Questa 'contemporaneità' o sopravvenuta alterazione dei fatti è, ovviamente, cosa diversa dalla successiva conoscenza dell'erroneità di una condotta, che consiste nella deviazione rispetto al tempo presente o passato» (II, p. 1000).

Qui sembra echeggiare una precisa presa di posizione di Lotmar rispetto al dibattito che nella seconda metà del XIX aveva impegnato alcuni grandi protagonisti della scienza giuridica tedesca sul problema della 'presupposizione', orientandosi verso l'esclusione del tema dell'errore dalla rilevanza di una falsa rappresentazione degli svolgimenti futuri del rapporto negoziale[22].

A mo' di conclusione, infine, vorrei citare quanto L. afferma in rapporto alla concezione romana dell'errore:

22. Sulla maturazione della teoria della presupposizione nella Pandettistica, quanto ho avuto modo di precisare in Cardilli, *Sopravvenienza*, 11-15.

> «Certamente ai Romani non è sfuggito il fenomeno del conflitto tra volontà e manifestazione, ma essi non forniscono alcuna prova di aver definito come qualcosa di soggettivo in termini di *error* una tale deviazione della condotta di una persona dalla sua volontà. Piuttosto, usano le parole *error* e *errare* in modo coerente solo per designare una condotta che, vuoi nella sua manifestazione verso l'esterno, vuoi nel suo processo interno di formazione, devia da qualcosa che è al di fuori del suo soggetto» (II, p. 999).

5. Alcune riflessioni conclusive: la posizione di Lotmar tra Pandettistica e Romanistica

Dalle brevi considerazioni sopra fatte, pur nella loro limitatezza e frammentarietà, spero di essere riuscito a trasmettere le suggestioni che la lettura ex post dell'opera di L. suscita. Frutto di una riflessione quarantennale del suo autore, «Das römische Recht vom Error» rappresenta, infatti, un ineguagliato percorso storico di maturazione che, partendo dal contesto culturale della scuola Pandettistica si proietta nel Novecento, facendosi carico dello stress di criticità che il modello concettuale e sistematico realizzato da quella viene a subire nella nuova epoca.

Ci si potrebbe rammaricare, tenendo conto della ricchezza del contenuto del lavoro, che l'opera non sia stata pubblicata dal suo autore[23], andando ad incidere su un dibattito in modo storicamente diverso da come oggi essa può fare. In termini di 'counterhistory' potrebbe ipotizzarsi una linea di sviluppo diversa sia degli studi civilistici, sia di quelli romanistici, anche se ritengo una tale ipotesi di impossibile verifica. L., infatti, pur accentuando la contrapposizione tra una scienza giuridica orientata ai bisogni del presente ed una scienza giuridica storica, in polemica con Savigny[24], sembra restare ancorato al suo essere nato come pandettista, e tale imprinting traspare dalle sue pagine, dove l'interpretazione dei testi antichi è orientata verso la comprensione sostanziale del significato giuridico in termini funzionali alla ricostruzione di un concetto unitario di errore. La cosa è evidente nella seconda parte del lavoro dove l'enorme complessità delle risultanze esegetiche che l'A. aveva raccolto nella prima parte sono sottoposte ad una rilettura unitaria in termini di 'Irrtumsbegriff'. Ciò non toglie, però, che Lotmar dimostri, altresì, una sensibile apertura ai nuovi tempi, orientandosi, come visto, verso una maggiore attenzione alla considerazione dell'errore non soltanto come problema giuridico di tutela della

23. Vd. Fargnoli, *Einführung,* X-XVIII.
24. Cfr. Fargnoli, *Einführung*, 18-19.

volontà del soggetto, ma anche come questione che può incidere sulla contrapposta tutela dell'affidamento.

Un altro elemento, infine, è degno di essere menzionato. Le fonti romane rappresentano nel discorso di L. non soltanto il riferimento dell'interpretazione storica del diritto romano, ma la gabbia di validità di un discorso giuridico che si possa considerare veramente tale. Qui L. denota di essere legato a una caratteristica tipica del discorso pandettistico e non novecentesco. La Pandettistica, infatti, nella sua rifondazione della scienza giuridica e del sistema di diritto privato, all'interno di un diritto non codificato, considera le fonti romane come privilegiato momento di verifica scientifica del discorso svolto, sentendosi, come è stato autorevolmente affermato[25], ancora parte viva di una tradizione che rimontava ai glossatori medievali, senza soluzione di continuità. La diversità era data, invece, dal suo metodo interpretativo, che ripudiava gli svolgimenti di quella tradizione, per privilegiare un rapporto diretto con le fonti, sebbene queste fossero piegate al significato più funzionale e coerente alla società ed ai tempi nei quali i pandettisti operano.

Nel concludere queste poche pagine, ringrazio la Professoressa Iole Fargnoli per il lavoro realizzato, quello di curare la pubblicazione a stampa di un così complesso materiale che, nella veste ora assunta, viene consegnato alla comunità scientifica, non mancando sicuramente di suscitare approfondimenti negli studi futuri in materia di errore, sia in una prospettiva strettamente romanistica, sia in una prospettiva più ampia di studi storiografici e giuridici.

Bibliografia

Apathy P., *Sachgerechtigkeit und Systemdenken am Beispiel der Entwicklung von Sachmängelhaftung und Irrtum beim Kauf im klassischen römischen Recht*, ZSS 111 (199) 95-154.

Brinz A., *Lehrbuch der Pandekten*, Erlangen 1875[2].

Brutti M., *s.v. Invalidità (storia)*, in *Enc. Dir.*, XXII, Milano 1972, 560-575.

Brutti M., *Vittorio Scialoja, Emilio Betti. Due visioni del diritto civile*, Torino 2013.

Cardilli R., *Das römische Recht der Pandektistik und das römische Recht der Römer*, in *Wie pandektistisch war die Pandektistik. Symposion 80. Geburtstag K. Luig*, a cura di H.-P. Haferkamp e T. Repgen, Tübingen 2017, 83-99.

25. Pugliese, *I Pandettisti*, 100-101.

Cardilli R., *Sopravvenienza e pericoli contrattuali*, in *Modelli Teorici e metodologici nella storia del diritto privato. Obbligazioni e diritti reali,* Napoli 2003, 1-37 [= in Cardilli R., «Bona fides» tra storia e sistema, Torino 2014[3], 205-246].

Diesselhorst M., *Zum Irrtum bei Vertragsschluß*, in *Sympotica Franz Wieacker*, Göttingen 1970, 180-211.

Ernst W., *Irrtum. Ein Streifzug durch die Dogmengeschichte*, in *Störungen der Willensbildung bei Vertragsschluss*, a cura di R. Zimmermann, Tübingen 2007, 1-34.

Fargnoli I., *Das verpasste Vermächtnis von Philip Lotmar im Schweizer Irrtumsrecht*, in *Anschaungen römischer Juristen und deren Fortwirken bis ins geltende Recht*, a cura di I. Fargnoli e U. Fasel, Bern 2018, 18-35.

Fargnoli I., *L"errore in diritto romano" di Philipp Lotmar (1850-1922) tra storia e dogmatica*, in *Antologia romanistica ed antiquaria*, a cura di L. Gagliardi, II, Milano 2018, 293-312.

Fargnoli I., *Tra error e locatio conductio. Il percorso scientifico di Philipp Lotmar (1850-1922)*, in *Studi in onore di Giorgio De Nova*, a cura di G. Gitti et al., II, Milano 2015, 1173-1193.

Flume W., *Irrtum und Rechtsgeschäft im römischen Recht*, in *Festschrift für Fritz Schulz*, I, 1951, 209-252.

Haferkamp H.-P., *Psychologismus bei Ernst Zitelmann*, in *Psychologie als Argument in der juristischen Literatur des Kaiserreichs*, a cura di M. Schmoeckel, Baden - Baden 2009, 215-223.

Harke J.D., *Si error aliquis intervenit. Irrtum im klassischen römischen Vertragsrecht*, Berlin 2005.

Jansen N. - Zimmermann R., *Vertragsschluss und Irrtum im europäischen Vertragsrecht*, Arch.civ.Praxis 210 (2010) 197-250.

Kramer E., *Der Irrtum beim Vertragsschluss. Eine weltweit rechtsvergleichende Bestandsaufnahme*, Zürich 1998.

Mayer Maly Th., *Bemerkungen zum Aspekt der Konsensstörung in der klassischen Irrtumslehre*, in *Mélanges Ph. Meylan*, I, Lausanne 1963, I, 241-252.

Pietrobon V., *Errore, volontà e affidamento*, Padova 1990.

Pietrobon V., *L'errore nella teoria del negozio giuridico*, Padova 1963.

Pugliese G., *I Pandettisti fra tradizione romanistica e moderna scienza del diritto*, Riv.it. Scienze Giur. 17 (1973) 89-132.

Quintus Mucius Scaevola. Opera, a cura di L. Ferrary, A. Schiavone ed E. Stolfi, Roma 2018.

Rückert J., *Philip Lotmar (1850-1922). Römisches Recht, Rechtsphilosophie und Arbeitsrecht im Geiste von Freiheit und Sozialismus*, in *Deutsche Juristen judischer Herkunft*, a cura di H. Heinrichs, H. Franzki, K. Schmalz e M. Stolleis, München 1993, 331-353.

Savigny F. K., *System des heutigen römischen Rechts*, Bd. 3, Berlin 1840.

Schermaier M., *Auslegung und Konsensbestimmung. Sachmängelhaftung, Irrtum und anfängliche Unmöglichkeit nach römischem Kaufrecht*, ZSS 115 (1998) 234-288.

Schermaier M., *Die Bestimmung des wesentlichen Irrtums von den Glossatoren bis zum BGB*, Köln - Wien 2000.

Schermaier M., *L'errore nella storia del diritto*, Roma e America 24 (2007) 185-255.

Schermaier M., Materia. *Beiträge zur Frage der Naturphilosophie im klassischen römischen Recht*, Wien-Graz-Köln 1991.

Talamanca M., *Inesistenza, nullità ed inefficacia dei negozi giuridici bell'esperienza romana*, BIDR 101-102 (1998-1999) 1-39.

Voci P., *L'errore in diritto romano*, Milano 1937.

Voci P., s.v. *Errore (diritto romano)*, in *Enc. Dir.*, XV, Milano 1966, 229-235.

Wieacker F., *Irrtum, Dissens, oder gegenstandslose Leistungsbestimmung*, in *Mélanges Ph. Meylan*, I, Lausanne 1963, 383-408.

Windscheid B., *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I, Frankfurt am Main 1887[4].

Windscheid B., *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Stuttgart 1879[5].

Winkel L., *Error iuris nocet. Rechtsirrtum als Problem der Rechtsordnung*, Zutphen 1985.

Wolf J. G., Error *im römischen Vertragsrecht*, Köln - Graz 1961.

Zilletti U., *La dottrina dell'errore nella storia del diritto romano*, Milano 1961.

Zimmermann R., *The Law of Obligations*, Oxford 1990.

Zitelmann E., *Irrtum und Rechtsgeschäft. Ein psygologisch-juristische Untersuchung*, Leipzig 1879.